



Diritto dell'emergenza Covid-19 e recovery fund

decreto legge 30 aprile 2020 n. 28

di Giuseppe Santalucia

1 maggio 2020

Un altro decreto legge – n. 28 del 30 aprile 2020 – in materia di giustizia penale per l'emergenza sanitaria e non solo

di Giuseppe Santalucia

sommario: 1. Alcune notazioni per futuri approfondimenti: l'allarme da scarcerazione di boss mafiosi. – 2. L'ennesimo rinvio per la disciplina delle intercettazioni. – 3. L'infaticabile legislatore dell'emergenza. – 4. Salvezza degli atti già adottati. – 5. I nuovi confini temporali dell'emergenza. – 6. Una precisazione superflua sui procedimenti sottratti alla sospensione di termini e di attività. – 7. Le udienze penali di merito. Svolgimento a distanza col consenso delle parti. – 8. Qualche novità per gli uffici del pubblico ministero. – 9. Le novità per i processi penali di cassazione. – 9.1. La "cameralizzazione senza parti" del rito. – 9.2. La richiesta di discussione orale. I nuovi legittimati.

1. Alcune notazioni per futuri approfondimenti: l'allarme da scarcerazione di boss mafiosi. In tempi di pandemia da Covid-19 il legislatore penale avverte altri rischi da fronteggiare con urgenza

La magistratura di sorveglianza ha emesso in questo periodo qualche provvedimento di scarcerazione per motivi di salute di detenuti per delitti di mafia sottoposti al regime di cui all'art. 41*bis* ord. pen.

Il mondo dell'antimafia si è agitato, ne sono scaturite forti e vivaci polemiche, il timore mediaticamente accreditato di un improvviso indebolimento del contrasto al fenomeno mafioso ha messo sotto accusa la magistratura di sorveglianza, inducendo il Coordinamento nazionale dei magistrati di sorveglianza– Conams – a intervenire con un comunicato del 28 aprile, volto soprattutto a ribadire l'ovvio, ossia la loro sottoposizione soltanto alla legge.

Ma, si sa, è proprio l'ovvio ad essere messo in pericolo dall'emotività poco razionale con cui si veicolano all'opinione pubblica messaggi enfaticizzati e assai poco meditati di cedimento dello Stato al potere criminale.

Questi messaggi sono stati immediatamente raccolti dal legislatore dell'urgenza che, con il decreto-legge n. 28 del 30 aprile scorso, non ha mancato l'occasione di riformare, senza che se ne avverta alcuna reale necessità, la disciplina di ordinamento penitenziario in materia di permessi, sembra soltanto per quelli cd. di necessità, ossia per imminente pericolo di vita di un familiare o per eccezioni eventi familiari di particolare gravità; e di detenzione domiciliare cd. umanitaria, ossia per quella che può essere concessa ove sussistano le condizioni di salute che legittimano il rinvio dell'esecuzione della pena.

Le modifiche meriteranno in altro momento maggiore attenzione. Qui si può solo dire della perplessità per la soluzione di rendere obbligatorio il parere del procuratore distrettuale antimafia del distretto in cui ha sede il giudice che ha emesso la condanna per taluno dei delitti di mafia o di terrorismo – articolo 51, commi 3*bis* e 3*quater* c.p.p. – e del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per il caso che il detenuto sia sottoposto al regime di cui all'art. 41*bis* ord. pen.

Sembra che il legislatore abbia il convincimento che i permessi di necessità e le detenzioni domiciliari cd. umanitarie siano state disposte in favore di detenuti per delitti di mafia senza il necessario approfondimento istruttorio; e che pertanto gli ordinari strumenti del procedimento di sorveglianza, che pure vede l'intervento necessario del pubblico ministero, non siano sufficienti a dar conto ai giudici di tutti i dati e di tutte le valutazioni utili ad una migliore decisione.

Occorre allora un rimedio, individuato nell'intervento delle Procure antimafia e del Procuratore nazionale, non tanto e non solo per il loro sapere specialistico che – è appena il caso di rilevare –

non si comprende bene come possa essere risolutivo per decisioni che fisiologicamente possono avere in premessa la pericolosità dei soggetti –appunto, sottoposti al regime del cd. carcere duro – che beneficiano di permessi di necessità e detenzioni domiciliari per motivi di salute; quanto per la sensibilità antimafia di cui sono, sembra di capire, detentori privilegiati.

Se l'opinione pubblica teme l'appannamento delle ragioni del contrasto alle mafie nell'azione della magistratura, e poco importa se il timore sia fondato o meno, reale o meno, la risposta non può che essere il coinvolgimento delle Procure antimafia.

Il messaggio normativo è per ciò solo rassicurante.

Restano in secondo piano e rimesse alle valutazioni tecniche che non interessano e non interferiscono con i bisogni di assicurazione che *lo Stato non cede alla mafia*, gli interrogativi di come le informazioni e le valutazioni delle procure antimafia circa attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e la pericolosità dei detenuti possano apportare un arricchimento significativo per decisioni che non attengono alla concessione di benefici, che restano estranei a percorsi trattamentali e che prescindono dall'adesione del soggetto a programmi di rieducazione carceraria.

È appena il caso di ricordare che già l'articolo 4bis, ultimo comma, ord. pen., in tema di riconoscimento di benefici ai detenuti per i reati più gravi, prescrive che i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, oltre che l'assegnazione al lavoro all'esterno, “non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata”.

Su questo terreno le procure antimafia intervengono senza essere appositamente richieste di un parere da parte della magistratura di sorveglianza: agiscono se e quando hanno notizia che l'autorità competente sia stata richiesta di una decisione per l'attribuzione di un cd. beneficio.

Un raccordo tra le diverse previsioni sarà quanto mai opportuno.

2. L'ennesimo rinvio per la disciplina delle intercettazioni.

L'emergenza sanitaria interferisce, non si comprende per il vero come e perché, sulla possibilità che la riforma in tema

di intercettazioni acquisti, dopo molti rinvii, efficacia. Il termine, previsto per il 30 aprile, è stato rinviato al 31 agosto 2020. È probabile che, anche in ragione dell'emergenza, l'amministrazione giudiziaria non sia ancora organizzativamente preparata per consentire una piena operatività della nuova disciplina, espressamente finalizzata ad una migliore tutela dei diritti delle persone coinvolte dall'insidioso strumento investigativo

Occorre attendere tempi migliori anche su questo non secondario terreno di garanzia dei diritti.

3. L'infaticabile legislatore dell'emergenza. L'emergenza sanitaria ha sinora prodotto un gran numero di atti normativi, per la necessità di rincorrere l'andamento del fenomeno pandemico

Anche nel settore dell'amministrazione della giustizia il fenomeno è evidente: il decreto-legge n. 28 è il quarto che interviene in materia: prima il decreto-legge n. 11, poi il n. 18, ancora dopo, seppure per un aspetto limitato, il n. 23.

La dirigenza giudiziaria ha a sua volta dovuto rincorrere il legislatore dell'emergenza e ha prodotto un numero ancora maggiore di provvedimenti di organizzazione.

Il decreto-legge ultimo, fortunatamente, interviene, sul versante delle modalità di svolgimento dei processi e delle attività giudiziarie, con aggiustamenti della normativa appena precedente che non ha avuto ancora modo di determinare nuovi provvedimenti organizzativi.

I ripensamenti legislativi, pertanto, non saranno causa di particolari disfunzioni e disagi.

4. Salvezza degli atti già adottati. L'articolo 1 della legge n. 27 del 2020, che ha convertito con modificazioni il decreto-legge n. 18, ha precisato, nell'abrogare il precedente decreto-legge n. 11 (oltre ad altri due decreti legge che però non contenevano disposizioni in materia di giustizia) che "restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti – legge"

La previsione che la salvezza degli atti già adottati non sia limitata agli effetti già prodotti ma attenga anzitutto alla loro validità, sembra autorizzare la conclusione che ogni determinazione organizzativa già adottata resta ferma pur quando non sia stata ancora comunicata ai soggetti che ne sono destinatari e quindi prima ancora che gli effetti si siano potuti produrre.

Il legislatore dell'emergenza mostra così consapevolezza circa la possibile incidenza negativa che i continui rimaneggiamenti delle regole potrebbero avere (anche) sull'organizzazione giudiziaria, ponendo nel nulla, con le continue novazioni di soluzioni, provvedimenti già adottati sotto la vigenza della disposizione di legge ormai superata.

Una previsione di uguale contenuto non v'è nel decreto-legge n. 28.

La ragione non si rinviene in una mera dimenticanza, quanto nel fatto che il decreto-legge in esame non contiene disposizioni sostitutive di altre del decreto-legge n. 18, almeno per quanto attiene ai profili di organizzazione dell'attività giudiziaria (udienze e attività giudiziarie in collegamento da remoto).

Esso, invero, incide soltanto sulle modifiche apportate al decreto-legge n. 18 in sede di conversione. Deve allora considerarsi che la legge di conversione è stata pubblicata il 29 aprile e che, sulla base del disposto di cui all'art. 15, comma 5, l. n. 400 del 1988, le modifiche al decreto-legge, ove non diversamente disposto dalla stessa legge di conversione – e non v'è previsione in deroga –, hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, quindi dal 30 aprile, data di pubblicazione del decreto-legge da ultimo approvato.

La conseguenza è evidente: l'ultimo decreto-legge, pur modificando le disposizioni innovative del decreto-legge n. 18, aggiunte in sede di conversione, non può travolgere atti già emanati in forza di una base normativa precedente, per il semplice fatto che tali atti non esistono e non possono esistere dato che la base normativa modificata è entrata in vigore appena il giorno prima della pubblicazione del decreto-legge che l'ha modificata.

5. I nuovi confini temporali dell'emergenza. Il decreto-legge n. 23, lo si è appena detto, ha spostato in avanti la durata del primo periodo dell'emergenza giudiziaria iniziato il 9 marzo, giorno successivo all'entrata in vigore del primo decreto in materia – n. 11 – e destinato ora a concludersi l'11 maggio; il decreto-legge n. 28, invece, sposta in avanti il termine finale del secondo periodo, che prima era fissato al 30 giugno e ora è il 31 luglio 2020

Dunque, tutte le misure emergenziali già poste in essere vivranno un mese in più.

Il legislatore evidentemente ritiene, ma non è dato sapere sulla base di quali elementi di fatto, che l'emergenza nel settore giudiziario non potrà cessare troppo presto.

È necessario un mese in più, in modo da agganciare l'inizio del periodo ordinario di sospensione feriale, e quindi rinviare la ripresa a pieno regime delle attività giudiziarie a settembre, coltivando la speranza che a quella data non vi sarà necessità di misure eccezionali.

Il decreto-legge n. 28 opera poi il coordinamento che era mancato durante i lavori di conversione in legge del decreto n. 18 tra le disposizioni ivi contenute in ordine ai limiti temporali del periodo emergenziale e le innovazioni nel frattempo apportate dal decreto-legge n. 23.

La successione tra le previsioni dei due decreti non subisce per il vero l'interferenza dell'approvazione della legge di conversione – legge n. 27 del 24 aprile 2020, pubblicata sulla G.U. del 29 aprile successivo – che, come è noto, ha apportato importanti modifiche al decreto-legge n. 18 e che è successiva al decreto-legge n. 23, per il semplice fatto che in nessuna parte le innovazioni della legge di conversione contengono disposizioni in punto di confini temporali del

periodo di emergenza.

Ciò non significa, però, che l'intervento di coordinamento non sia opportuno, perché conferisce all'ormai complesso apparato normativo maggiore chiarezza.

Ora nel decreto-legge n. 18, come convertito con modificazioni con la legge n. 27, il termine finale del primo periodo è indicato correttamente nell'11 maggio, e l'inizio del secondo periodo nel 12 maggio.

6. Una precisazione superflua sui procedimenti sottratti alla sospensione di termini e di attività. L'articolo 83, comma 3, lett. b) del decreto-legge n. 18 del 2020 dispone che non siano oggetto di sospensione alcuna i procedimenti con imputati detenuti per i quali i termini di custodia cautelare di cui all'art. 304 c.p.p. abbiano a scadere nel periodo dell'emergenza; il comma 2 dell'articolo 36 del decreto-legge n. 23 ha sul punto ampliato la categoria dei procedimenti non sospesi aggiungendo quelli con imputati detenuti per i quali i termini di custodia cautelare di cui all'art. 304 c.p.p. scadano nei sei mesi successivi all'11 maggio 2020, data di cessazione del primo periodo emergenziale

Il decreto-legge in esame ingloba opportunamente l'innovazione nel testo del decreto-legge n. 18 sì come convertito con la legge n. 27, ma aggiunge una specificazione, ossia che i termini alla cui scadenza occorre aver riguardo sono quelli dell'art. 304 c.p.p. – e fin qui nulla di nuovo – di cui al comma 6 dello stesso articolo, e qui il dato di novità.

La specificazione avrebbe senso normativo se l'articolo 304 c.p.p. disciplinasse termini diversi nei suoi diversi commi, ma così non è.

Nei commi precedenti al menzionato comma 6 sono regolati i casi e le modalità di sospensione dei termini autonomamente previsti dal precedente articolo 303; solo nel comma 6 sono posti ulteriori termini, ulteriori – si intende – rispetto a quelli di cui all'art. 303 –, che costituiscono i limiti massimi non valicabili in alcun modo sia per i termini massimi di fase che per i termini massimi complessivi regolati dall'art. 303 c.p.p.

Insomma, specificazione non di particolare utilità, ma al più superflua e certo non dannosa.

7. Le udienze penali di merito. Svolgimento a distanza col consenso delle parti. Il decreto-legge ribadisce la validità della regola già posta dal decreto-legge n. 18: la partecipazione a qualsiasi udienza penale, nel periodo sino al 31 luglio 2020, di persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare, avviene, sempre che tecnicamente possibile, con collegamento da remoto o mediante videoconferenze

Fuori dei casi di udienze con persone detenute – ora si aggiunge – non tutte le udienze penali possono essere svolte con collegamento da remoto, come da modifica apportata dalla legge n. 27 di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020.

Già in quella sede si è stabilito che non possono essere tenute con dette modalità quelle in cui debbano prendervi parte soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti.

Ora, si prescrive, non possono svolgersi con collegamento da remoto o mediante videoconferenze sia le udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, quindi quelle dedicate a raccogliere le conclusioni delle parti; sia quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti, quindi tutte quelle con istruttoria per assunzione di prova dichiarativa.

La marcia indietro del legislatore dell'emergenza, che in tal modo ha tenuto fede agli impegni assunti con l'approvazione dell'ordine del giorno votato alla Camera in sede di approvazione finale della legge di conversione del decreto-legge n. 18, è netta: mentre, secondo la primigenia formulazione, potevano farsi da remoto proprio le udienze in cui avrebbero preso parte testimoni, parti, consulenti e periti, ora queste stesse udienze, se fissate per l'assunzione dell'esame di parti, testimoni, consulenti o periti, devono essere tenute nelle forme ordinarie, ossia con la presenza fisica dei partecipanti.

Se, poi, si pone mente al fatto che udienze per assunzione di prova dichiarativa e udienze per la raccolta delle conclusioni delle parti, sia pubbliche che camerali, sono la quasi totalità delle udienze, si rileva il netto sfavore che il legislatore, *re melius perpensa*, mostra per il processo penale in collegamento da remoto.

Resta, però, salva la possibilità che le parti diano il consenso allo svolgimento da remoto: in tal caso, l'impedimento legislativo viene meno.

Il decreto-legge n. 28 non dice come e quando debbano essere compulsate le parti per verificarne il consenso (o il dissenso) allo svolgimento da remoto, il che lascia libero il giudice nella scelta delle modalità, anche temporali, e dello strumento più adeguato.

Con specifica e conseguente disposizione il decreto-legge precisa che non trovano applicazione alle udienze penali che non siano tenute con collegamento da remoto le disposizioni secondo cui possono essere adottate con quella modalità le deliberazioni collegiali in camera di consiglio, con la conseguente identificazione dei luoghi da cui si collegano i magistrati in "camera di consiglio a tutti gli effetti di legge". Non trovano parimenti applicazione, se l'udienza non è tenuta con collegamento da remoto, le particolari disposizioni circa la sottoscrizione del dispositivo della sentenza o dell'ordinanza e sulle modalità di deposito rinviato non oltre la cessazione dell'emergenza sanitaria.

Resta però che, ove sia tenuta con collegamento da remoto, la presenza del giudice in udienza non implica che stia nell'ufficio giudiziario, perché rimane la previsione del decreto-legge n. 18 come convertito con la legge n. 27, secondo cui spetta all'ausiliario del giudice, che partecipa all'udienza dall'ufficio giudiziario, di dare atto nel verbale d'udienza anche dell'impossibilità di sottoscrizione da parte del giudice.

Il risultato complessivo è che, da un lato, si allunga il periodo emergenziale e, dall'altro e con una certa incoerenza, si riducono le possibilità di evitare che le udienze possano diventare luoghi e momenti di assembramento, fattore di pericolo – come è noto – per la diffusione pandemica.

Non sembra, questo, il miglior modo di gestione di un'emergenza!

Il legislatore del decreto ha subito le forti pressioni di quanti, pur con non poche condivisibili ragioni, hanno temuto la stabilizzazione nel tempo di forme eccezionali di svolgimento dei processi penali, timori alimentati dalla constatazione di eccessivi entusiasmi da parte di settori per quanto non particolarmente rilevanti dell'ampio mondo giudiziario, in cui si è pensato, in piena pandemia, di poter ragionare di cosa di queste forzate innovazioni tecnologiche far transitare nel post-emergenza.

Da qui il disorientamento del legislatore, che si muove senza una linea chiara e ferma, invece quanto mai necessaria in questi momenti.

Prima apre al processo a distanza, poi retrocede e cede la decisione sul se fare ricorso a questa modalità di svolgimento del lavoro giudiziario, che lui stesso ritiene adeguata alla prevenzione del rischio del contagio, alle parti del processo, le quali ovviamente non possono determinarsi se non sulla base dei loro interessi processuali, estranei per definizione all'interesse pubblico alla prevenzione del contagio e della diffusione pandemica.

Pretendere che le parti siano responsabilizzate più del legislatore per il rischio a cui si espone la salute pubblica è un eccesso di ingenuità.

8. Qualche novità per gli uffici del pubblico ministero. Sino al 31 luglio 2020, e quindi sino alla conclusione del periodo di emergenza, gli uffici del pubblico ministero potranno richiedere l'autorizzazione a che il deposito di memorie, documenti e richieste dell'indagato in sede di conclusione delle indagini avvenga con modalità telematiche, anche in deroga alle regole sul processo penale telematico. Allo stesso modo potranno richiedere il deposito telematico di atti e documenti da parte della polizia giudiziaria, secondo

le disposizioni che saranno stabilite con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Il deposito degli atti si intenderà eseguito al momento del rilascio della ricevuta di accettazione da parte dei sistemi ministeriali

9. Le novità per i processi penali di cassazione. Le modifiche apportate alla regolazione dei processi penali di legittimità in epoca di pandemia sono difficilmente leggibili secondo una linea di coerenza e di adeguatezza al fine

9.1. La “cameralizzazione senza parti” del rito. Si conferma la scelta di trasformazione ope legis del rito per i procedimenti che ordinariamente avrebbero avuto udienza partecipata, ora pubblica ora ex art. 127 c.p.p

Tutti questi procedimenti, fatti salvi quelli che siano stati già oggetto di disposizioni organizzative, anche solo di mero rinvio, dettate alla luce della normativa emergenziale – secondo il criterio della salvezza degli atti già adottati – sono oggetto di questa semplificazione procedimentale, che li sottopone alla forma di trattazione tipica della udienza camerale cd. non partecipata di cui all’art. 611 c.p.p., in vista dell’eventualità che la Corte di cassazione si possa determinare a procedere alla camera di consiglio e alla decisione con collegamento da remoto dei giudici che compongono il collegio.

Se, però, in base alla legge n. 27 del 2020 un potere di richiedere la trattazione con discussione orale, e quindi con il ripristino dell’ordinario modulo procedimentale, era assegnato soltanto alla parte ricorrente, da individuarsi nella sola parte privata ricorrente, ora detto potere è attribuito anche ad altri soggetti.

9.2. La richiesta di discussione orale. I nuovi legittimati. Il potere di richiesta spetta al procuratore generale presso la Corte di cassazione e a qualsiasi parte privata (indagato, imputato, parte civile, responsabile

civile) anche se non ricorrente. Unico soggetto processuale che non ha una pari facoltà è il pubblico ministero che ha proposto ricorso; pur parte del processo e pur ricorrente, non è parte privata e comunque non è mai parte del giudizio di cassazione

Insomma, la decisione potestativa sul rito appartiene a (quasi) tutti, tranne che alla Corte di cassazione: ricorrente privato, parte privata non ricorrente, procuratore generale presso la Corte di cassazione, sono tutti abilitati ad esprimere la volontà di svolgimento in udienza partecipata del giudizio di cassazione, con un semplice atto, non motivato, che inibisce la trasformazione del rito.

Invece, la Corte, che pure potrebbe valutare almeno quanto le parti se per una migliore decisione sia opportuno sentire le parti e il procuratore generale, o quanto meno porre le condizioni per una loro discussione orale, resta spettatore passivo.

Nella legge n. 27 del 2020 il potere della parte privata ricorrente era leggibile come estrinsecazione del diritto di difesa. Questa *ratio*, è ovvio, non serve a spiegare l'estensione al Procuratore generale del diritto alla discussione orale.

Il Procuratore generale non è portatore di un interesse particolare, non è parte del giudizio di merito e non partecipa delle ragioni sottese all'esercizio dell'azione penale. L'interesse che lo connota è quello all'osservanza delle leggi e alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, secondo le disposizioni dell'art. 73 ord. giud. del 1941. Il parametro valutativo sulla necessità o meno della discussione orale è dunque prossimo a quello di cui si servirebbe la Corte di cassazione se avesse voce in tema.

Sembra allora che il diritto alla discussione attribuitogli risponda al bisogno di un più incisivo intervento per il caso in cui il ricorso ponga questioni di particolare importanza.

Il legislatore del decreto, e questo è il dato di maggiore interesse, ripone fiducia nel momento della discussione anche nel giudizio di legittimità, ponendo implicitamente un freno all'idea che per il suo elevato tecnicismo il processo di cassazione possa essere interamente affidato alla scrittura.

La parola nel processo penale, questo l'assunto finale, esprime un valore non rinunciabile.

Resta però la considerazione che, in periodi di emergenza sanitaria, l'ampliamento della platea dei legittimati a impedire la trasformazione del rito è misura eccessiva e se ne coglie l'insipienza

con un banale esempio: sulla base della nuova norma e della sua interpretazione letterale, anche la parte civile non ricorrente, siccome parte processuale, può chiedere la discussione orale per la decisione su un ricorso dell'imputato che magari tocca aspetti della decisione di condanna che non involgono in alcun modo la sua pretesa risarcitoria e/o restitutoria (si faccia il caso di un ricorso solo sul trattamento sanzionatorio). Quale la logica del potere di veto in tal caso? A una prima lettura non si scorge.

Il risultato è che le possibilità di trattazione non partecipata e quindi di "remotizzazione" della camera di consiglio e della decisione saranno minori; è facile concludere che, se la riforma sul rito è funzionale ad agevolare lo svolgimento dell'attività giudiziaria della Corte nonostante la pandemia, la novità introdotta col decreto-legge porta con sé una non indifferente carica di contraddizione.
